

# ZH\_OBERGERICHT LE210024 vom 31. Mai 2022

ZH Obergericht, 2022-05-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE210024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE210024)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE210024 du 31 mai 2022

IT: ZH\_OBERGERICHT LE210024 del 31 maggio 2022

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien heirateten am tt.mm.2004 in Zürich. Aus der Ehe ging der gemeinsame Sohn E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2004, hervor (Urk. 2 S. 4; Urk. 62 S. 5). Sie leben nach wie vor unter einem Dach in der im hälftigen Miteigentum

- 5 - stehenden ehelichen Liegenschaft an der C.\_\_\_\_\_-strasse ..., D.\_\_\_\_\_ (Urk. 2 S. 4; Urk. 22 S. 2). Die Parteien stehen unter dem Güterstand der Gütertrennung (Urk. 67/1 S. 2). Zurzeit sind zwischen den Parteien drei Verfahren hängig, in welchen sich der Streit insbesondere um die im hälftigen Miteigentum der Parteien stehende Liegenschaft dreht, nämlich der vorliegende Ehe- schutz(berufungs)prozess, der aktuell sistierte Prozess beim Bezirksgericht Meilen betreffend Aufhebung des Miteigentums an der ehelichen Liegenschaft und die am 21. Mai 2021 von der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchstellerin) beim Einzelgericht am Bezirksgericht Meilen eingeleitete Scheidungsklage. Gegen die Sistierung des Miteigentumsaufhebungsprozesses und gegen die Nichtsistierung des Ehescheidungsprozesses hat der Gesuchsgegner je Beschwerde bei der hiesigen Kammer erhoben (vgl. Prozess-Nr. PC220011 und Prozess-Nr. RB220007). Beide Verfahren sind hängig.

### E. 1.1

Die Vorinstanz berechnete die Parteien zum Getrenntleben auf unbestimmte Dauer (Urk. 131 S. 7, 32 Dispositivziffer 1). Die Gesuchstellerin hatte im erstinstanzlichen Verfahren beantragen lassen, es sei ihr per Juli 2020 das Getrenntleben zu bewilligen (Urk. 2 S. 2; Urk. 15 S. 2; Urk. 100 S. 2). Demgegenüber hatte der Gesuchsgegner um Vormerknahme des Getrenntlebens der Parteien per 1. April 2020 ersucht (Urk. 62 S. 5; Urk. 97A S. 12). Die Parteien lebten damals noch unter einem Dach in der ehelichen Liegenschaft. Dies ist bis heute der Fall, nachdem der Berufung betreffend die vorinstanzliche Zuweisung der ehelichen

- 14 - chen Liegenschaft für die Dauer des Getrenntlebens zugunsten der Gesuchstellerin mit Präsidialverfügung vom 15. Juni 2021 die aufschiebende Wirkung erteilt wurde (Urk. 143) und trotz offensichtlicher Spannungen (vgl. z.B. Urk. 137/2-20; Urk. 146/1-9; Urk. 151/1-6; Urk. 163/2 etc.) offenbar keine der Parteien bereit ist, (vorübergehend) auszuziehen.

### E. 1.2

In seiner Berufung vom 16. April 2021 hielt der Gesuchsgegner fest, die Parteien seien sich einig, dass das Getrenntleben im Rahmen der mehrstöckigen, ihnen je hälftig gehörenden Liegenschaft bereits eingesetzt habe; lediglich die je geltend gemachten genauen Zeitpunkte (1. April bzw. 1. Juli 2020) würden sich unterscheiden. Im Hinblick auf den Scheidungsanspruch gemäss Art. 114 ZGB hätten sie jedoch einen Anspruch darauf, den

Zeitpunkt des Getrenntlebens zu klären. Er ersuche deshalb, die angefochtene Dispositivziffer 1 dahingehend zu ergänzen, dass die Parteien seit 1. April 2020, eventualiter seit 1. Juli 2020 getrennt lebten (Urk. 130 S. 3). Die Gesuchstellerin äusserte sich nicht weiter dazu (Urk. 166).

### **E. 1.3**

Gemäss der Praxis der Kammer haben die Parteien im Rahmen eines Eheschutzverfahrens dann kein rechtliches Interesse an der gerichtlichen Feststellung des Zeitpunktes, ab welchem sie getrennt leben, wenn dieser Zeitpunkt keinen konkreten Einfluss auf die anzuordnenden Nebenfolgen im Eheschutzverfahren hat. Das Scheidungsgericht wäre denn auch im Hinblick darauf, ob die zweijährige Trennungszeit nach Art. 114 ZGB eingehalten worden ist, nicht an den im summarischen Verfahren ergangenen Eheschutzentscheid gebunden (O-Ger ZH LE200009 vom 12.02.2021, E. III.B.4 m.w.H. insbes. auf ZR 102/2003 Nr. 13). Die Vorinstanz merkte daher zu Recht einzig die Berechtigung der Parteien zum Getrenntleben auf unbestimmte Dauer vor, ohne einen Trennungszeitpunkt festzulegen. Die Berufung erweist sich diesbezüglich als unbegründet.

### **E. 2**

Mit Eingabe vom 9. Juli 2020 machte die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz ein Eheschutzverfahren anhängig (Urk. 2). Mit Zuschrift vom 20. August 2020 begründete sie ihr Gesuch aufforderungsgemäss (Urk. 6 und Urk. 15). Am 18. Dezember 2020 fand die Hauptverhandlung statt (Urk. 69). Am 4. Januar 2021 wurde E. \_\_\_\_\_ angehört (Urk. 77A). Die Fortsetzung der Hauptverhandlung erfolgte am 22. Januar 2021 (Urk. 97A). Mit Zuschrift vom 2. Februar 2021 reichte die Gesuchstellerin eine Noveneingabe samt Beilagen zu den Akten (Urk. 103, Urk. 104/1-8), welche dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 3. Februar 2021 zur Stellungnahme zugesandt wurde (Urk. 108). Die Stellungnahme des Gesuchsgegners datiert vom 8. Februar 2021 (Urk. 112, Urk. 114 und Urk. 115/2-4, vgl. auch Urk. 110). Sie wurde der Gesuchstellerin, soweit ersichtlich, nicht mehr zugestellt. Unterm 10. Februar 2021 fällte die Vorderrichterin den eingangs zitierten Entscheid in unbegründeter Form (Urk. 118A). Mit Zuschrift vom 22. Februar 2021 ersuchte der Gesuchsgegner rechtzeitig um Begründung (Urk. 119), während die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 22. Februar 2021 ihrerseits explizit auf eine Begründung verzichtete (Urk. 121, Urk. 122/1-3). Die begründete Fassung des Entscheids vom 10. Februar 2021 (Urk. 124 = Urk. 131) wurde den Parteien am 6. April 2021 zugestellt (Urk. 126/1-2).

- 6 -

### **E. 2.1**

Im Rahmen seiner Stellungnahme vom 16. Dezember 2021 beantragte der Gesuchsgegner neu, Dispositivziffer 1 des angefochtenen Entscheids sei aufzuheben und auf das Eheschutzbegehren der Gesuchstellerin sei nicht einzutreten. Entsprechend werde auch sein Berufungsantrag Ziffer 1 (betreffend Vormerknahme des Trennungszeitpunktes) fallengelassen, zumal die Parteien ja nach wie

- 15 - vor zusammenlebten (Urk. 172 S. 6). Er machte geltend, die Parteien würden tatsächlich in einer offenen Ehe (beide pflegten ausserheliche Aktivitäten) nach wie vor zusammenleben. Die Gesuchstellerin, welche eine eheschutzrichterliche Trennung beantrage, verhalte sich in hohem Mass widersprüchlich, indem sie seit eineinhalb Jahren

nach Einreichen ihres Trennungsbegehrens nach wie vor mit dem Gesuchsgegner zusammenlebe und beide auch weiterhin im gleichen Schlafzimmer und sogar im gleichen Bett übernachten würden. Ihr Verhalten belege einen starken Willen zum Zusammenleben, hätte sie doch sonst aufgrund ihrer komfortablen finanziellen Verhältnisse längst eine örtliche Trennung vollzogen. Es gehe hier auch gar nicht um eine eheschutzrichterliche Trennung, sondern darum, den Gesuchsgegner aus der Liegenschaft ausweisen zu können, um dann bei der Frage der Eigentumszuweisung angeblich ein überwiegendes Interesse im Sinne von Art. 251 ZGB geltend machen zu können. Es gehe mithin um eine Zweckentfremdung des Eheschutzes zur Erlangung wirtschaftlicher Vorteile im Zusammenhang mit dem Eigentumszuweisungsverfahren. Dies sei rechtsmissbräuchlich und verdiene keinen Rechtsschutz (Urk. 172 S. 5 f.). In seiner Eingabe vom 15. März 2022 führte der Gesuchsgegner sodann aus, beide Parteien lebten immer noch in der gleichen Liegenschaft zusammen mit dem gemeinsamen Sohn. Er sei überzeugt, dass bei Klärung der Eigentumsfrage am Haus in D. \_\_\_\_\_ auch in Zukunft eine Fortführung der Ehe durchaus möglich sein werde. Sein neuer Antrag auf Nichteintreten wegen widersprüchlichen und rechtsmissbräuchlichen Verhaltens der Gesuchstellerin seit Ende 2021 (im Übrigen bis heute anhaltend) beruhe auf neuen Tatsachen, welche er in der Stellungnahme vom 16. Dezember 2021 fristgerecht vorgebracht habe. Die Gesuchstellerin übersehe, dass es eben nicht auf ihre Anträge und Eingaben ans Gericht, sondern auf ihr damit im Widerspruch stehendes tatsächliches Verhalten ankomme, welches sie im Übrigen in keiner Weise bestreite. Es sei deshalb klarerweise davon auszugehen, dass die Parteien nach wie vor im gemeinsamen Haus (insbesondere gemeinsame Benutzung von EnSuite-Bad, Wohnzimmer, Küche etc.) zusammenlebten und sogar weitgehend das eheliche Schlafzimmer und das Ehebett gemeinsam benutzten. So habe die Gesuchstellerin in den letzten Wochen (Ende 2021), wenn sie nicht gerade auswärts übernachtet habe, mit ihm im selben Bett ge-

- 16 - schlafen. Würde sich die Gesuchstellerin tatsächlich trennen wollen, würde sie gehen, was bei ihren finanziellen Mitteln problemlos möglich wäre, oder den Gesuchsgegner zumindest ignorieren. Beides tue sie nicht (Urk. 182 S. 3, 6).

### **E. 2.2**

Die Gesuchstellerin lässt erwidern, der neue Nichteintretensantrag des Gesuchsgegners stelle eine unzulässige Klageänderung dar, da keine zulässigen neuen Tatsachen oder Beweismittel vorgebracht worden seien. Sie habe klar und mehrfach kundgetan, die häusliche Gemeinschaft endlich aufheben oder zumindest innerhalb des Hauses regeln zu wollen. Ihr Trennungswille sei unverrückbar, was genüge. Dies habe sie auch mehrfach dokumentiert, nota bene im von ihr angehobenen Prozess betreffend Scheidung wegen Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Ehe (Urk. 175 S. 2 f.).

### **E. 2.3**

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht allein der Umstand, dass die Parteien noch in derselben Wohnung bzw. demselben Haus wohnen, einem Getrenntleben nicht entgegen. Entscheidend ist vielmehr, dass kein gemeinsamer Haushalt im Sinne einer körperlichen, geistig-seelischen und wirtschaftlichen Gemeinschaft geführt wird (BGer 5P.26/2007 vom 25.06.2007, E. 3.3.; BSK ZGB I-Althaus/Huber/Steck, Art. 114 N 9; FamKomm Scheidung/Fankhauser, Art. 114 ZGB N 14 f.). Somit erschliesst sich der Begriff des Getrenntlebens im Einzelfall hauptsächlich als Gegensatz zum Zusammenleben.

Die Ehegatten leben getrennt, wenn ihre aktuelle Lebensorganisation in erheblichem Ausmass weniger Gemeinsamkeit aufweist als das, was sie gemeinsam unter Zusammenleben verstehen (BGer 5A\_242/2015 vom 17. Juni 2015, E. 3.3.3.). Im März 2020 teilten sich die Parteien die eheliche Liegenschaft zunächst dergestalt auf, dass die Gesuchstellerin im oberen Stockwerk war und der Gesuchsgegner im Gästezimmer im zweiten Stock schlief (Urk. 77A S. 4). Gegen Ende 2021 spitzten sich die Streitereien zwischen den Parteien offenbar zu. Von einem harmonischen ehelichen Zusammenleben kann nicht die Rede sein. Auch aus dem Verhalten des Gesuchsgegners geht deutlich hervor, dass die Parteien jedenfalls nicht mehr "normal" zusammenleben. So beansprucht er von dem, was während der gelebten Ehe gemeinsam benutzt wurde, nunmehr einen Teil für sich allein (vgl. z.B. Urk. 137/17: mit "A.\_\_\_\_\_" beschriftetes Glas, Urk. 146/2: aufge-

- 17 - teilter Platz für die jeweiligen Duscutensilien der Parteien). Die Parteien scheinen denn auch eigentliche Machtkämpfe zu führen, so beispielsweise um das Ehebett (vgl. insbes. Urk. 146/5, /6 und Urk. 163/2). Auch pflegen beide unbestrittenermassen aussereheliche Beziehungen (vgl. Urk. 172 S. 6; Urk. 188 S. 2). Die Ferien verbringen sie abwechselnd mit E.\_\_\_\_\_, getrennt. Auch die Abendessen nimmt E.\_\_\_\_\_ abwechselnd mit der Gesuchstellerin oder dem Gesuchsgegner ein (Urk. 77A S. 2, 4). Nicht relevant erscheint vor diesem Hintergrund, dass sich die Parteien gezwungenermassen noch dieselben Räume im Haus teilen. Zudem hat die Gesuchstellerin ihren unverrückbaren Trennungswillen mit dem Eheschutzbegehren, an welchem sie nach wie vor festhält, und ihrer Scheidungsklage wegen Unzumutbarkeit der Ehe (Art. 115 ZGB) mehrfach und deutlich bekundet. Hinreichende Anhaltspunkte, wonach die beiden Verfahren zweckentfremdet würden, es der Gesuchstellerin eigentlich einzig um die Zuweisung der ehelichen Liegenschaft (zu Eigentum) gehen soll und sie ansonsten an der Ehe festhalten will, sind nicht auszumachen. Es ist somit davon auszugehen, dass die Parteien (auch seit Ende 2021) in der ehelichen Liegenschaft getrennt leben und keinen gemeinsamen Haushalt mehr führen. Der Nichteintretensantrag des Gesuchsgegners betreffend das Eheschutzbegehren erweist sich dementsprechend als unbegründet. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob es sich hierbei um eine zulässige Klageänderung handelt oder nicht (vgl. Art. 317 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 227 ZPO). Es bleibt deshalb bei der Vormerknahme der Vorinstanz, dass die Parteien zum Getrenntleben auf unbestimmte Dauer berechtigt sind. D. Alternierende Obhut / Betreuungsanteile 1. Die Vorderrichterin stellte E.\_\_\_\_\_ (damals rund 16,5-jährig) antragsgemäss, dem Kindeswohl und auch seinem Willen entsprechend unter die alternierende Obhut der Parteien. Hinsichtlich der Betreuungsanteile erwog die Vorinstanz, E.\_\_\_\_\_ verbringe altersgemäss einen Grossteil seiner Zeit mit seinen Freunden sowie in der Schule. Eine eigentliche "Betreuung" brauche er nur noch in eingeschränktem Masse, wobei sich diese im Wesentlichen auf den persönlichen Kontakt nach der Schule sowie die Haushaltsarbeiten zu seinen Gunsten

- 18 - (Kochen, Putzen, Waschen) beschränke. Eine genaue (starre) Regelung der Betreuungszeiten sei angesichts des jugendlichen Alters von E.\_\_\_\_\_ kaum gerechtfertigt; vielmehr solle die Betreuung flexibel ausgeübt werden können, weshalb die vorliegende Regelung lediglich für den Streitfall festgesetzt werde. In rund 17 Monaten werde E.\_\_\_\_\_ sodann volljährig, womit sich die Frage der Betreuungsregelung weiter relativiere. Dennoch sei hervorzuheben, dass E.\_\_\_\_\_ eine engere Bindung zur Gesuchstellerin verspüre und auch bestätigt habe, mit dieser mehr Zeit zu verbringen. Dementsprechend seien die Betreuungsanteile leicht zu Gunsten der Gesuchstellerin (rund 60 %)

festzusetzen. Mit dem Gesuchsgegner werde E.\_\_\_\_\_ voraussichtlich rund 40 % seiner Zeit verbringen. Auf eine weitergehende bzw. detailliertere Regelung der Betreuungszeiten sei in Anbetracht des Alters von E.\_\_\_\_\_ zu verzichten. Aufgrund des leicht überwiegenden Betreuungsanteils der Gesuchstellerin sei der zivilrechtliche Wohnsitz von E.\_\_\_\_\_ bei der Gesuchstellerin festzusetzen (Urk. 131 S. 9 ff.). Gestützt auf diesen überwiegenden Betreuungsanteil der Gesuchstellerin teilte die Vorinstanz die eheliche Liegenschaft für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin zu (Urk. 131 S. 16; vgl. nachstehend lit. E).

2. Der Gesuchsgegner hält dafür, die Vorinstanz habe zu Recht die alternierende Obhut festgelegt. Was die Betreuungsanteile angehe, habe die Gesuchstellerin beantragt, auf eine Regelung der Betreuungszeiten zu verzichten, aber behauptet, dass E.\_\_\_\_\_ nicht die Hälfte der Zeit beim Gesuchsgegner verbringen werde. Der Gesuchsgegner habe eine wochenweise gleichmässige Alternierung beantragt. E.\_\_\_\_\_ habe ausgeführt, dass er gerne mit beiden Eltern viel Zeit verbringen wolle. Erst auf weitere Nachfrage der Vorinstanz, welche angesichts der kinderpsychologischen Grundsätze bezüglich Loyalitätskonflikte eigentlich verpönt sein sollte, habe E.\_\_\_\_\_ gemeint, wenn er sich für die eine oder andere Seite entscheiden müsse, dann würde er für die Gesuchstellerin votieren. Es stehe vorliegend aber gar nicht in Frage, ob E.\_\_\_\_\_ sich für den einen oder anderen Teil entscheiden müsse, denn die alternierende Obhut sei unbestritten. Die Betreuungsanteile habe E.\_\_\_\_\_ gleichmässig haben wollen. Wenn die Gesuchstellerin in der Vergangenheit mehr Präsenz in der Liegenschaft gehabt habe, so sei dem entgegenzuhalten, dass die aktive Beschäftigung des Gesuchsgegners

- 19 - mit seinem Sohn weit intensiver gewesen sei. Es sei daher überhaupt nicht einzusehen, warum zwar auf eine Regelung der Betreuungszeiten in Anbetracht des Alters von E.\_\_\_\_\_ verzichtet worden sei, nicht aber auf eine vermeintlich leicht ungleichgewichtige Bemessung der Betreuungsanteile (60 % Gesuchstellerin, 40 % Gesuchsgegner). Weder habe E.\_\_\_\_\_ eine solche Aufteilung gewünscht noch sei sie unter dem Aspekt des Kindeswohls angezeigt noch sei sie praktikabel, wenn gleichzeitig die Betreuungszeiten offengelassen würden. Richtig wäre vielmehr die Festlegung der alternierenden Obhut mit annähernd gleichgewichtigen Betreuungsanteilen ohne Regelung der genauen Betreuungszeiten. Es entstehe ohnehin der Eindruck, dass diese willkürliche Bestimmung der Betreuungsanteile im Hinblick auf die Liegenschaftszuweisung erfolgt sei, denn letztlich sei gemäss Vorinstanz einzig der gekünstelt minim höhere Betreuungsanteil ausschlaggebend für die Liegenschaftszuweisung zu Gunsten der Gesuchstellerin. Ziehe man die berechtigten Interessen E.\_\_\_\_\_s heran, der möglichst flexibel mit beiden Elternteilen gleich viel Zeit verbringen wolle, so hätte die Betreuungsregelung keiner der Parteien einen Vorteil im Hinblick auf die Liegenschaftszuweisung gebracht (Urk. 130 S. 11 ff.). E.\_\_\_\_\_ sei reif genug, um seinen Bedürfnissen entsprechend Zeiten mit dem Gesuchsgegner und der Gesuchstellerin zu verbringen, weshalb eine prozentuale Festlegung der Obhut von Gerichte wegen in keiner Weise angezeigt sei. Bei Zuweisung der Liegenschaft an den Gesuchsgegner könne E.\_\_\_\_\_ selbstverständlich weiterhin wie bisher das Haus benutzen (Urk. 172 S. 3).

3. Die Gesuchstellerin hält entgegen, die Kritik, wonach das leicht überwiegende Betreuungsverhältnis zu einem Zirkelschluss im Hinblick auf das höhere Benützungsinteresse an der Liegenschaft führe, gehe fehl. Das leicht überwiegende Betreuungsverhältnis begründe den Wohnsitz von E.\_\_\_\_\_ bei ihr und dieser sei unangefochten geblieben. Die Behauptung des Gesuchsgegners, wonach der festgestellte höhere Betreuungsanteil von 60 % gekünstelt sei, sei aktenwidrig. E.\_\_\_\_\_ habe selbst ausgesagt, dass ihn hauptsächlich die Gesuchstellerin betreut habe und der Gesuchsgegner

erst in jüngster Zeit etwas mehr frei habe. Von einer 50 %-igen Betreuung habe in der Vergangenheit keine Rede sein können. Und für die Zukunft verlange E.\_\_\_\_\_ die volle Flexibilität, die vom Gesuchs-

- 20 - gegner nur bestritten werde, um nicht ein zusätzliches Argument für die Zuweisung der Liegenschaft an die Gesuchstellerin und E.\_\_\_\_\_ eingestehen zu müssen (Urk. 166 S. 8 f.). E.\_\_\_\_\_ werde am tt.mm.2022 volljährig und brauche längst keine Betreuung mehr, sondern verbringe flexibel Zeit mit seinen Eltern. In- soweit die Betreuung von E.\_\_\_\_\_ für die Zuteilung der ehelichen Liegenschaft noch eine Rolle spiele, sei auf die massiv überwiegende Betreuung von E.\_\_\_\_\_ durch die Gesuchstellerin während seiner gesamten Kindheit sowie auf seinen Wunsch, mit der Mutter an der C.\_\_\_\_\_ -strasse ... wohnen zu bleiben, abzustellen (Urk. 175 S. 4).

### **E. 3**

Gegen den vorinstanzlichen Entscheid erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 16. April 2021 innert Frist (vgl. Urk. 126/2) Berufung mit den eingangs zitierten Anträgen (Urk. 130 S. 2). Zudem ersuchte er um Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Berufung betreffend Dispositivziffer 2 des angefochtenen Entscheids (Zuweisung der ehelichen Liegenschaft an die Gesuchstellerin, Auszugsfrist für den Gesuchsgegner; Urk. 130 S. 3). Mit Präsidialverfügung vom 20. April 2021 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Stellungnahme zu diesem Verfahrensantrag anberaumt und dem Gesuchsgegner Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Berufungsverfahren in der Höhe von Fr. 5'500.- angesetzt (Urk. 132). Diesen leistete der Gesuchsgegner fristgerecht (Urk. 133). Mit Eingabe vom 6. Mai 2021 äusserte sich die Gesuchstellerin zum Verfahrensantrag, wobei sie diverse Unterlagen beibrachte (Urk. 135, Urk. 136 und Urk. 137/1-20). Mit Präsidialverfügung vom 11. Mai 2021 wurde dem Gesuchsgegner Frist angesetzt, um sich dazu zu äussern (Urk. 139). Der Gesuchsgegner kam dieser Aufforderung mit Zuschrift vom 25. Mai 2021 nach (Urk. 141), welche der Gesuchstellerin wiederum am 3. Juni 2021 zur Kenntnisnahme zugesandt wurde (Urk. 141 S. 1). Mit Präsidialverfügung vom 15. Juni 2021 wurde der Berufung gegen Dispositivziffer 2 des angefochtenen Urteils vom 10. Februar 2021 die aufschiebende Wirkung erteilt (Urk. 143). Mit Eingabe vom 18. Juni 2021 liess die Gesuchstellerin ein Begehren um Erlass superprovisorischer/vorsorglicher Massnahmen (Nutzungsregelung für die eheliche Liegenschaft) stellen (Urk. 144 S. 2 f., Urk. 145 und Urk. 146/1-9). Mit Präsidialverfügung vom 22. Juni 2021 wurde das superprovisorische Begehren abgewiesen und dem Gesuchsgegner Frist angesetzt, um sich zum Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen zu äussern (Urk. 147). Mit Zuschrift vom 13. Juli 2021 äusserte sich der Gesuchsgegner innert erstreckter Frist (Urk. 148, Urk. 149, Urk. 150 und Urk. 151/1-6). Die Gesuchstellerin übte diesbezüglich mit Eingabe vom 5. August 2021 innert praxisgemäss zehn Tagen (Urk. 152) ihr Replikrecht aus (Urk. 153), worauf sich der Gesuchsgegner replikweise mit Zuschrift vom 13. August 2021 rechtzeitig (Urk. 154) vernehmen liess (Urk. 155). Mit Eingabe vom 30. August 2021 machte wiederum die Gesuchstellerin innert zehn Tagen (Urk. 156) von ihrem Replikrecht Gebrauch (Urk. 157) und mit Eingabe vom 31. August 2021 der Gesuchsgegner (Urk. 158; Urk. 159). Mit

- 7 - Zuschrift vom 24. September 2021 äusserte sich die Gesuchstellerin erneut rechtzeitig (Urk. 161) in Ausübung ihres Replikrechts (Urk. 162 und Urk. 163/1-2). Mit Beschluss der Kammer vom 30. September 2021 wurde das Gesuch der Gesuchstellerin vom 18. Juni 2021 um Erlass vorsorglicher Massnahmen für das Berufungsverfahren schliesslich

abgewiesen (Urk. 164). Fristwährend (vgl. Urk. 165) erstattete die Gesuchstellerin in der Folge mit Eingabe vom 15. November 2021 ihre Berufungsantwort mit den eingangs erwähnten Anträgen (Urk. 166, Urk. 167, Urk. 168/1-3 und Urk. 169). Mit Zuschrift vom 16. Dezember 2021 bezog der Gesuchsgegner innert erstreckter Frist (vgl. Urk. 170 und Urk. 171) Stellung zu den Noven in der Berufungsantwort, brachte seinerseits Noven vor und ergänzte seine Berufungsanträge (Urk. 172 und Urk. 173). Mit Eingabe vom 31. Januar 2022 äusserte sich die Gesuchstellerin rechtzeitig (vgl. Urk. 174) dazu (Urk. 175). Mit Zuschrift vom 8. Februar 2022 orientierte der Gesuchsgegner die Kammer über die von der Gesuchstellerin eingeleitete Scheidungsklage vom 21. Mai 2021 und das ihrerseits in diesem Rahmen gestellte Massnahmebegehren vom 17. Januar 2022 (Urk. 177 und Urk. 178/1-4). Innert Frist (vgl. Urk. 179 und Urk. 180) erstattete der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 15. März 2022 seine Stellungnahme zu Urk. 175 (Urk. 182, Urk. 183 und Urk. 184/1-5). Mit Zuschrift vom 30. März 2022 reichte der Gesuchsgegner Kopien seiner Schreiben an das Steueramt bzw. an die Gegenpartei ein (Urk. 186 und Urk. 187/1-2). Die Gesuchstellerin äusserte sich fristwährend (vgl. Urk. 181 und Urk. 185) mit Zuschrift vom 31. März 2022 zu Urk. 177 und Urk. 179 (Urk. 188 und Urk. 189/1). Mit Präsidialverfügung vom 4. April 2022 wurden diese Eingaben samt Beilagen (Urk. 182, Urk. 183, Urk. 184/1-5, Urk. 186, Urk. 187/1-2, Urk. 188 und Urk. 189/1) je der Gegenseite zur Kenntnisnahme zugesandt und den Parteien der Eintritt der Urteilsberatungsphase angezeigt (Urk. 190). Mit Zuschrift vom 6. April 2021 reichte die Gesuchstellerin eine in Aussicht gestellte Beilage zu ihrer Eingabe vom 31. März 2022 nach (Urk. 191 und Urk. 192/1). Diese Zuschrift samt Beilage wurde dem Gesuchsgegner am 8. April 2022 zur Kenntnisnahme zugesandt (Prot. II S. 22), welcher innert zehn Tagen mit Eingabe vom 21. April 2022 rechtzeitig von seinem Replikrecht Gebrauch machte (Urk. 194). Diese Eingabe wurde wiederum der Gesuchstellerin am 26. April 2022 zur Kenntnisnahme zugeschickt (Prot. II S. 23). Die Gesuchstellerin äusserte sich nicht mehr.

### **E. 3.1**

Betreffend Kinderbelange gelten die (uneingeschränkte) Offizial- und Untersuchungsmaxime (Art. 55 Abs. 2 ZPO; Art. 58 Abs. 2 ZPO; Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Das Gericht ist demgemäss nicht an die Anträge und tatsächlichen Vorbringen der Parteien gebunden (BGE 128 III 411 E. 3.2.1; BGE 137 III 617 E. 4.5.2) und auch das Verbot der reformatio in peius greift nicht (BSK ZPO- Mazan/Steck, Art. 296 N 30b). Diese Maximen wirken umfassend, d. h. zugunsten sämtlicher Parteien (BGer 5A\_745/2014 vom 16. März 2015, E. 2.3 m.w.H.). Trotz Untersuchungs- und Offizialmaxime haben die Parteien das Tatsächliche vorzutragen und bei der Sammlung des massgebenden Prozessstoffs mitzuwirken. Insbesondere obliegt es ihnen, dem Gericht das Tatsachenmaterial mit vollständigen und bestimmten Behauptungen zu unterbreiten und die Beweismittel zu bezeichnen (Mitwirkungspflicht; BGer 5A\_357/2015 vom 19. August 2015, E. 4.2). Dies gilt verstärkt bei anwaltlicher Vertretung beider Parteien (OGer ZH LE190027 vom 18. 12.2019, E. B/3 m.w.H.). Neue Tatsachen und Beweismittel können im - 11 - Berufungsverfahren auch dann vorgebracht werden, wenn die Voraussetzungen nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

### **E. 3.2**

Die Bewilligung des Getrenntlebens sowie die Zuteilung der ehelichen Liegenschaft für die Dauer des Getrenntlebens unterstehen demgegenüber der eingeschränkten

Untersuchungsmaxime (Art. 272 ZPO). Noven sind im Berufungsverfahren daher nur unter den Voraussetzungen gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO zu hören, d.h. wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Dabei hat, wer sich auf (insbesondere unechte) Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun (vgl. BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; BGer 5A\_266/2015 vom 24. Juni 2015, E. 3.2.2., je m.w.H.)

#### **E. 4**

Mit Eingabe vom 8. Februar 2022 (Urk. 177) orientierte der Gesuchsgegner die Kammer darüber, dass die Gesuchstellerin vor Vorinstanz mit Zuschrift vom 21. Mai 2021 eine Scheidungsklage anhängig gemacht (Urk. 178/1; vgl. auch Urk. 157 S. 2) und im Rahmen der Begründung dieser Klage mit Eingabe vom 17. Januar 2022 ein Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen betreffend Zuweisung der ehelichen Liegenschaft samt Hausrat für die Dauer der Trennungszeit gestellt habe (Urk. 178/2 S. 3). Es besteht (bzw. bestand, vgl. nachstehend) somit betreffend die Frage der Zuweisung der ehelichen Liegenschaft für die Dauer der Trennungszeit samt Hausrat zur Benützung ein positiver Kompetenzkonflikt zwischen dem Eheschutz(berufungs)gericht und dem erstinstanzlichen Massnahmerichter. Das Bundesgericht äusserte sich bereits mehrfach zur Abgrenzung der Zuständigkeiten und Kompetenzen zwischen dem Eheschutzgericht und dem Scheidungsgericht. Für die Zeit vor Rechtshängigkeit der Scheidung trifft das Eheschutzgericht sämtliche Massnahmen zur Regelung des Getrenntlebens, für die Zeit danach ist hierfür das Scheidungsgericht zuständig. Massnahmen, die das Eheschutzgericht erlässt, bleiben in Kraft, solange das Scheidungsgericht sie nicht abändert (vgl. Art. 276 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 179 Abs. 1 ZGB). Die Einleitung des Scheidungsverfahrens führt weder zur Gegenstandslosigkeit des pendingen Eheschutzverfahrens noch zum Verlust der Zuständigkeit des Eheschutz-

- 12 - gericht. Vielmehr bleibt das zuständigkeitshalber (d.h. vor Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens) angerufene Eheschutzgericht für die Regelung des Getrenntlebens zuständig, selbst wenn eine der Parteien während des noch laufenden Eheschutzverfahrens das Scheidungsgericht anruft. Es spielt mithin keine Rolle, ob das Eheschutzgericht vor oder erst nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens entscheidet (BGer 5A\_120/2021 vom 11. Februar 2022, E. 4.2 m.w.H. u.a. auf BGE 138 III 646 E. 3.3.2 und BGE 129 III 60 E. 2 und 3). Die vom Eheschutzgericht angeordneten Massnahmen dauern so lange fort, bis sie das Massnahmegesetz abändert. Sofern kein Zuständigkeitskonflikt besteht, kann der Entscheid des Eheschutzgerichts sogar ergehen, nachdem die Scheidung rechtshängig gemacht wurde (BGE 138 III 646 Ingress und E. 3.3.2 = Pra 102 [2013] Nr. 34 Ingress und E. 3.3.2). Aber selbst bei einem positiven Kompetenzkonflikt, wenn also im Scheidungsverfahren bereits ein vorsorgliches Massnahmebegehren gestellt wurde, bleibt das Eheschutzgericht für die Beurteilung des bei ihm hängigen Begehrens bis zu einer allfälligen späteren Entscheid des Scheidungsgerichts über das dortige Massnahmebegehren zuständig. Entsprechend führt das Eheschutzgericht das bei ihm hängige Verfahren ordnungsgemäss und folglich unter Einschluss sämtlicher nach der zivilprozessualen Novenregelung massgebenden Tatsachen und Beweismittel weiter (BGer 5A\_120/2021 vom 11. Februar 2022, E. 5.2; BGer 5A\_294/2021 vom 7. Dezember 2021, E. 4.3, zur Publikation vorgesehen). Vorliegend trat der erstinstanzliche Scheidungs- und Massnahmerichter mittlerweile auf das Massnahmebegehren der Gesuchstellerin mit

Verfügung vom 22. März 2022 (zufolge Litispizienz am hiesigen Obergericht, Art. 59 Abs. 1 und 2 lit. d e contrario) nicht ein (Urk. 189/1). Die Gesuchstellerin erklärte, dagegen kein Rechtsmittel zu erheben (Urk. 188 S. 2). Nach dem Gesagten bleibt die Kammer mithin zur Beurteilung des Eheschutz-berufungsverfahrens zuständig.

#### **E. 4.1**

Gemäss Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB muss das Eheschutzgericht als Folge des Getrenntlebens unter anderem die Benützung der Wohnung und des Hausrates regeln. Um über die Zuteilung der ehelichen Liegenschaft entscheiden zu können, ist es Aufgabe des Gerichts, alle bestehenden Interessen der Parteien

- 26 - nach freiem Ermessen gegeneinander abzuwägen und die Liegenschaft demjenigen Ehegatten zuzuweisen, dem sie besser dient (ZK-Bräm/Hasenböhrer, N 39 f. zu Art. 176 ZGB; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, N 29 f. zu Art. 176 ZGB; Gloor, Die Zuteilung der ehelichen Wohnung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1987, S. 9 f.; Bachmann, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und 179 ZGB sowie nach zürcherischem Verfahrensrecht, Diss. St. Gallen 1995, S. 81 f.). Es ist für die Zuweisung der ehelichen Liegenschaft nicht notwendig, dass eine Partei Argumente vorbringen kann, welche kein anderes Ergebnis zulassen, als ihr die eheliche Liegenschaft zuzuweisen. Vielmehr ist zu entscheiden, welche Partei unter Abwägung aller Vorbringen ein grösseres Interesse glaubhaft machen kann. Nur wenn nicht ausgemacht werden kann, wem die Liegenschaft den grösseren Nutzen bringt, hat derjenige auszuziehen, dem ein Auszug eher zumutbar ist (BGE 120 II 1). Die Frage der Zumutbarkeit des Auszugs ist mithin lediglich dann zu prüfen, wenn kein ober- oder untergeordnetes Zuteilungskriterium greift (OGer ZH LP040129 vom 14.12.2004, S. 8 f., E. 3). Zur Ermittlung des grösseren Nutzens hat die Lehre verschiedene Zuteilungskriterien entwickelt. Als übergeordnete relevante Zuteilungskriterien gelten die Zuteilung an den Ehegatten, unter dessen Obhut die Kinder gestellt werden und an denjenigen, der aus beruflichen (z.B. Geschäftsausübung im Haus) oder gesundheitlichen (z.B. behinderter Ehegatte) Gründen auf die eheliche Wohnung angewiesen ist (Bachmann, a.a.O., S. 81). Als untergeordnete - aber immer noch relevante - Zuteilungskriterien gelten das affektive Interesse (z.B. Vorfahren eines Ehegatten bewohnten schon die eheliche Wohnung oder dieser ist sonst wie mit dieser gefühlsmässig mehr verbunden) sowie die Geeignetheit für den Unterhalt der ehelichen Liegenschaft. Einem Ehegatten kann die eheliche Wohnung auch besser dienen, weil diese sich näher bei seinem Arbeitsort befindet (Bachmann, a.a.O., S. 83 f.). Neben der affektiven Bindung an die eheliche Liegenschaft vermag auch ein im ehelichen Haus ausgeübtes Hobby dessen Zuteilung zu rechtfertigen, weil das Haus diesem Ehegatten damit besser dient. Einem Ehegatten kann die eheliche Wohnung auch besser dienen, weil er mehr Zeit darin verbringt, indem er z.B. die Infrastruktur von mehr Räumen benützt als der andere Ehegatte (Bachmann, a.a.O., S. 81-83; ZR 83 Nr. 92). Den untergeordneten Zuteilungskri-

- 27 - terien kommt entscheidende Bedeutung zu, wenn die Ehegatten keine Kinder haben und keiner der Ehegatten aus beruflichen oder gesundheitlichen Gründen auf die eheliche Wohnung angewiesen ist (vgl. zum Ganzen: OGer ZH LP040129 vom 14. Dezember 2004, S. 6 f. m.w.H.; BGer 5A\_766/2008 vom 4. Februar 2009, E. 3.2 und 3.3).

#### **E. 4.2**

Wie dargetan, soll E. \_\_\_\_\_ künftig von beiden Parteien alternierend hälftig betreut werden. E. \_\_\_\_\_ will im Haus in D. \_\_\_\_\_ wohnen bleiben. Es handle sich - so E. \_\_\_\_\_ - um das

Haus, in dem er geboren sei, es sei seine Heimat. Auch der grosse Garten gefalle ihm sehr (Urk. 77A S. 5). Wenn er sich für einen Elternteil entscheiden müsste, würde er lieber mit seiner Mutter wohnen, da sie mehr anwesend sei und er mehr Zeit mit ihr verbringe (Urk. 77A S. 6 f.). Der Vater sei demgegenüber immer sehr beschäftigt gewesen. Jetzt arbeite er eigentlich etwas weniger (Urk. 77A S. 4). Sein Vater habe eine Freundin. Mit dieser wolle er, E.\_\_\_\_\_, nicht zusammenleben (Urk. 77A S. 6). Im Gegensatz zu seinem Vater, welcher das Haus schon seit längerer Zeit abreißen und ein grösseres Gebäude bauen lassen wolle, möchten seine Mutter und er das Haus renovieren und stehen lassen (Urk. 77A S. 5). E.\_\_\_\_\_ präferiert mithin die Gesuchstellerin, welche mehr Zeit zu Hause in der Liegenschaft verbringt als der zeitlich sehr beanspruchte Gesuchsgegner (Arbeit, Sport, Hobbys und Freundin). Beide Parteien machen sodann keine gesundheitlichen Gründe für den Verbleib in der ehelichen Liegenschaft geltend und sind etwa im gleichen Lebensalter. Zu prüfen sind die vom Gesuchsgegner geltend gemachten beruflichen Gründe für die Zuweisung der ehelichen Liegenschaft an ihn als weiteres übergeordnetes Kriterium. Ein Homeoffice (PC, Pult, Stauraum und Internetanschluss) kann sich der Gesuchsgegner jederzeit in einer beliebigen Wohnung einrichten. Ob er sein Büro an der F.\_\_\_\_\_-strasse vorübergehend oder dauernd auch an Dritte (und nicht nur an ihm gehörende Firmen) untervermietet, um Mietkosten zu sparen (vgl. Urk. 166 S. 11 f.; Urk. 172 S. 4; Urk. 175 S. 5), kann daher dahingestellt bleiben. Mit der Entwicklung der Elektrostaten (= elektrostatische Lautsprecher, vgl. Urk. 63/15/3, Urk. 173 und Urk. 184/4, /5) im Dachgeschoss der ehelichen Lie-

- 28 - genschaft erzielt der Gesuchsgegner bislang unbestrittenermassen keinen Gewinn (vgl. auch Urk. 95/1 ["Finanzielle Situation von A.\_\_\_\_\_"], wo ausgeführt wird, neue Projekte, wie die Entwicklung von Elektrostaten, seien im Gange, würden aber derzeit von der Gesuchstellerin ausgebremst, da sie dem Gesuchsgegner den Zugang zum obersten Geschoss [ideale Testumgebung und seit drei Jahren Proberaum für die Elektrostaten] in der ehelichen Liegenschaft verwehre; vgl. auch Urk. 172 S. 2; Urk. 182 S. 4, 7 ff.; Prot. I S. 54). Im Rahmen seiner Berufungseingabe vom 15. März 2022 liess der Gesuchsgegner ausführen, er traue sich aktuell nicht, den Umbau der Elektrostaten in Angriff zu nehmen, weil er Angst vor den Zugriffen der Gesuchstellerin habe. Wären die neuen Elektrostaten dann erst einmal funktionstüchtig, müssten sie natürlich erneut getestet, akustisch ausgemessen und kalibriert werden (Urk. 182 S. 8 f.; vgl. auch Prot. I S. 54). Vor diesem Hintergrund ist auch in näherer Zukunft nicht mit einer Vermarktung und namhaften Einnahmen aus diesem Projekt zu rechnen. Von einer diesbezüglichen existenzsichernden Geschäftstätigkeit des Gesuchsgegners während der gelebten Ehe kann ohnehin nicht die Rede sein. Im erstinstanzlichen Verfahren brachte der Gesuchsgegner weiter vor, die Garage der ehelichen Liegenschaft weise eine geeignete Grösse auf, um den Malroboter seiner Firma H.\_\_\_\_\_ AG installieren zu können. Die H.\_\_\_\_\_ AG könne die Miete in K.\_\_\_\_\_ nicht mehr bedienen und werde wohl bald ausgewiesen. Um die Firma nicht komplett an die Wand zu fahren, sollte zumindest das Hauptprodukt (der Malroboter, vgl. Urk. 63/15/6) wieder zu Produktions- und Demonstrationszwecken aufgebaut werden. Dies könne in der Garage zum Nulltarif erfolgen (Urk. 62 S. 12). Die Gesuchstellerin hielt entgegen, der Malroboter habe unmöglich Platz in der Garage (Urk. 69 S. 21). Auch diesbezüglich ist festzuhalten, dass der Gesuchsgegner die Garage bislang nicht für den Malroboter und damit berufliche Zwecke im Zusammenhang mit der H.\_\_\_\_\_ AG genutzt hat. Auch hier geht es nicht um eine bisher in der ehelichen Liegenschaft ausgeübte, existenzsichernde Erwerbstätigkeit. Es handelt sich um künftige Nutzungspläne des

Gesuchsgegners für die gemeinsam genutzte Garage, um die Kosten für den Gewerberaum der H.\_\_\_\_\_ AG in K.\_\_\_\_\_ zu sparen (Urk. 172 S. 4). Es ist nicht

- 29 - ersichtlich, inwiefern der Gesuchsgegner diesbezüglich auf die Garage der ehelichen Liegenschaft angewiesen sein soll (vgl. auch Urk. 131 S. 17 unten). Der Gesuchsgegner vermag daher in Übereinstimmung mit der Vorinstanz nicht hinreichend glaubhaft zu machen, dass er aus beruflichen Gründen auf die Nutzungszuweisung der ehelichen Liegenschaft angewiesen ist. Mit Blick auf das Kindeswohl als vorliegend einziges übergeordnetes Zuteilungskriterium rechtfertigt es sich somit, die eheliche Liegenschaft für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin zur alleinigen Benutzung teilweise mit E.\_\_\_\_\_ zuzuweisen. Daraus ändert nichts, dass E.\_\_\_\_\_ demnächst, nämlich am tt.mm.2022 volljährig wird, zumal er sich noch in Erstausbildung befindet (Urk. 77A S. 2) und vorerst weiterhin zu Hause wohnt. Die vom Gesuchsgegner im Haus ausgeübten Hobbys (Entwicklung der Elektrostaten im Dachgeschoss, Laufband und Musikzimmer [Klavier und Gitarre] im Erdgeschoss) als untergeordnete Zuteilungskriterien treten dabei in den Hintergrund. Überdies ist der Gesuchstellerin ein grösseres Affektionsinteresse am Haus samt Garten zuzugestehen als dem Gesuchsgegner, welcher das Haus mittelfristig abreißen lassen will (Urk. 15 S. 3 ff.; Prot. I S. 29; Urk. 77A S. 5; Urk. 62 S. 13 f.). Dass beide Parteien das Haus zu Alleineigentum übernehmen möchten (Urk. 182 S. 3, 7; Urk. 178/1 S. 2, 27 f.; Urk. 184/1 S. 3), spielt im Rahmen der vorliegenden Benutzungszuweisung für die Dauer des Getrenntlebens keine entscheidende Rolle. Mit Blick auf die klare Scheidungsabsicht der Gesuchstellerin (Urk. 178/1 S. 2) dürfte die vorliegend zu treffende Nutzungsregelung allerdings ohnehin nicht mehr von langer Dauer sein. Anzumerken bleibt schliesslich, dass auch der Gesuchsgegner finanziell durchaus in der Lage ist, ein adäquates Ersatzobjekt zu finden (vgl. auch Urk. 131 S. 18). Zusammengefasst ist die Berufung abzuweisen und die vorinstanzliche Liegenschaftszuteilung an die Gesuchstellerin (mit E.\_\_\_\_\_ im Rahmen der alternierenden Obhut mit hälftiger Betreuung) für die Dauer des Getrenntlebens zu bestätigen.

#### **E. 4.3**

Die Vorinstanz gewährte dem Gesuchsgegner eine Auszugsfrist von einem Monat ab Vollstreckbarkeit des Entscheides (Urk. 131 S. 18, 32 Dispositivziffer 2 Abs. 2). In der Regel ist eine Auszugsfrist bis höchstens drei Monate an-

- 30 - gemessen (Bachmann, a.a.O., S. 86 oben). Regelmässig dürften aber wenige Wochen ausreichend sein (BK-Hausheer/Reusser/Geiser, N 37 zu Art. 176 ZGB). Obschon das Eheschutzbegehren im Juli 2020 bei der Vorinstanz rechtshängig gemacht wurde, leben die Parteien nach wie vor gemeinsam in der ehelichen Liegenschaft. Das Zusammenleben gestaltet sich, wie erwähnt, zunehmend schwierig. Angesichts des angefochtenen Urteils musste insbesondere der Gesuchsgegner mit einem baldigen Auszug rechnen. Für den Eventualfall verlangte er im Übrigen für sich selbst keine Verlängerung der Auszugsfrist (Urk. 130 S. 2). Der Gesuchsgegner hat daher die eheliche Liegenschaft bis spätestens Ende Juli 2022 zu verlassen. F. Überweisung Kinderzulagen 1. Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsgegner, der Gesuchstellerin die von ihm für E.\_\_\_\_\_ bezogenen Kinderzulagen zu überweisen, zumal die Gesuchstellerin ihrerseits verpflichtet wurde, die nicht teilbaren Barauslagen von E.\_\_\_\_\_ - namentlich die Krankenkassen- (KVG und VVG), Kommunikations- und Mobilitätskosten - zu tragen. Barunterhaltsbeiträge für E.\_\_\_\_\_ wurden angesichts der beinahe hälftigen Betreuung der Parteien nicht zugesprochen. Es wurde festgehalten, dass beide Parteien diejenigen Kosten für E.\_\_\_\_\_ übernehmen, die

während der Zeit anfallen, die er beim betreuenden Elternteil verbringt (insbesondere Verpflegung, Anteil Miete, Alltagsbekleidung; Urk. 131 S. 27, 32, Dispositivziffern 5 und 6). 2. Der Gesuchsgegner kritisiert, es sei angesichts der deutlich besseren Leistungsfähigkeit der Gesuchstellerin nicht einzusehen, warum ihr allfällige Kinderzulagen alleine zufallen sollten und diese Kinderzulagen nicht hälftig zu teilen seien (Urk. 130 S. 2, 13). Die Gesuchstellerin, welche die vollumfängliche Abweisung der Berufung beantragen lässt, äussert sich dazu nicht weiter (Urk. 166 und Urk. 175). 3. Gemäss dem vorliegenden Entscheid sollen die Parteien E.\_\_\_\_\_ je hälftig betreuen. Auch bei alternierender hälftiger Obhut richtet sich die Festlegung der Barunterhaltsbeiträge für das Kind nach der Leistungsfähigkeit der Par-

- 31 - teien (vgl. Urk. 131 S. 26 m.H.). Ausser Streit steht, dass die Gesuchstellerin wesentlich leistungsfähiger ist als der Gesuchsgegner (Einkommen Gesuchstellerin: Fr. 14'500.– pro Monat, Einkommen Gesuchsgenger: Fr. 7'600.– pro Monat; Urk. 131 S. 33, Dispositivziffer 9 lit. a). Unangefochtenermassen sollen die Parteien jeweils jene Kosten für E.\_\_\_\_\_ übernehmen, die bei ihnen diesbezüglich anfallen. Zudem hat die Gesuchstellerin die Krankenkassen-, Kommunikations- und Mobilitätskosten von E.\_\_\_\_\_ zu tragen (Urk. 131 S. 33, Dispositivziffer 6). Wenngleich die Gesuchstellerin diese Kosten im Umfang von insgesamt Fr. 265.– pro Monat (vgl. Urk. 131 S. 25 m.H.) zu bezahlen hat, erscheint es angesichts ihrer markant höheren Leistungsfähigkeit nicht angebracht, ihr die Kinderzulagen alleine zuzusprechen. In diesbezüglicher Gutheissung der Berufung ist der Gesuchsgegner somit zu verpflichten, der Gesuchstellerin die von ihm für E.\_\_\_\_\_ bezogenen Kinderzulagen zur Hälfte zu überweisen. G. Ehegattenunterhaltsbeiträge Die Vorinstanz sprach keine Ehegattenunterhaltsbeiträge zu, da der Gesuchsgegner in der Lage sei, seinen Bedarf (rund Fr. 5'000.–, darin enthalten Fr. 1'900.– Mietanteil für eine noch zu mietende Wohnung [Fr. 2'800.– durchschnittlicher Mietzins für eine 3.5-Zimmerwohnung abzüglich Wohnungskostenanteil von E.\_\_\_\_\_ CHF 900.–]), nebst den Barunterhaltskosten von E.\_\_\_\_\_ bei ihm, durch eigene Einkünfte (Fr. 7'600.–) selbst zu decken (Urk. 131 S. 23, 25, 28, 33 Dispositivziffer 8). Der Gesuchsgegner hat berufungsweise für den Fall, dass er verpflichtet werde, die eheliche Liegenschaft zu verlassen und es eine eigene Wohnung anzumieten, eheliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 4'000.– pro Monat verlangt (vgl. Urk. 130 S. 2, Antrag Ziffer 5, S. 13 f.). Er rügt dabei, wenn er gezwungen werde, eine Ersatzwohnung zu mieten, die sowohl eine angemessene Betreuung für E.\_\_\_\_\_ ermögliche als auch Büroräumlichkeiten enthalte, so sei im Raum D.\_\_\_\_\_ ein Kostenbetrag von Fr. 2'800.– für eine 3.5-Zimmerwohnung völlig unangemessen, während die Gesuchstellerin eine grosse dreistöckige Villa mit Umschwung erhalte. Auszugehen sei von Mietkosten von effektiv mindestens Fr. 5'000.–, womit sich sein Bedarf auf rund Fr. 7'200.– erhöhe. Nur mit der Zusprechung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen in der Höhe von

- 32 - Fr. 4'000.– würden annähernd vergleichbare Lebensverhältnisse zwischen den Parteien geschaffen und dem Grundsatz der Gleichbehandlung Genüge getan (Urk. 130 S. 13 f.). Einerseits ist darauf hinzuweisen, dass der Gesuchsgegner die eheliche Villa zusammen mit der Gesuchstellerin und E.\_\_\_\_\_ bewohnte und daher kein Anspruch darauf besteht, dass er fortan alleine bzw. teilweise mit E.\_\_\_\_\_ zusammen ein vergleichbares Wohnobjekt bewohnen kann, würde der eheliche Standard dadurch doch gerade unzulässigerweise erhöht (vgl. OGer ZH LY170030 vom 16. Juli 2018, E.4b; BGer 5P.138/2001 vom 10. Juli 2001, E. 2b). Zudem hat die Gesuchstellerin die Bürokosten des

Gesuchsgegners nicht über eheliche Unterhaltsbeiträge mitzufinanzieren. Andererseits begründet und belegt (z.B. durch entsprechende Wohnungsinserate) der anwaltlich vertretene Gesuchsgegner nicht ansatzweise, warum gerade ein Mietzins von mindestens Fr. 5'000.– für eine angemessene Wohnung, welche er nicht näher spezifiziert, angebracht sein soll. Damit vermag er seiner Begründungspflicht im Berufungsverfahren nicht zu genügen. Im Rahmen der beanstandeten "Ungleichbehandlung" der Parteien macht der Gesuchsgegner sodann nicht geltend, dass - entgegen der Vorinstanz - eine Überschussverteilung vorzunehmen sei. Auch hier wird ungenügend gerügt. Es bleibt daher dabei, dass keine Ehegattenunterhaltsbeiträge zusprechen sind. H. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die erste Instanz auferlegte die Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 9'000.– den Parteien je zur Hälfte. Parteientschädigungen wurden keine zugesprochen (Urk. 131 S. 34, Dispositivziffern 12 bis 14). Trifft die Rechtsmittelinstanz eine neue Entscheidung, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Keine der Parteien rügte den vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsentscheid (Urk. 130 S. 2; Urk. 166 S. 2, 16). Gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO erweist sich der vorinstanzliche Kostenentscheid nach wie vor als angemessen. Das vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv ist somit zu bestätigen.

- 33 - 2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 6'000.– festzulegen (vgl. § 5, § 6 Abs. 2 lit. b, § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Im Berufungsverfahren obsiegt der Gesuchsgegner hinsichtlich der Regelung der Betreuungsanteile betreffend den Sohn E.\_\_\_\_\_ sowie der Kinderzulagen. Weil es sich hierbei um Kinderbelange handelt, rechtfertigt sich diesbezüglich praxisgemäss eine hälftige Kostenverteilung zwischen den Parteien. Der Gesuchsgegner unterliegt demgegenüber betreffend die Festlegung des Trennungszeitpunktes bzw. bezüglich der Klageänderung betreffend Nichteintreten auf das Eheschutzbegehren sowie hinsichtlich der Zuteilung der Liegenschaft und der Zusprechung von persönlichen Unterhaltsbeiträgen. Insgesamt sind die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens somit dem Gesuchsgegner zu drei Vierteln und der Gesuchstellerin zu einem Viertel aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die Kosten sind mit dem vom Gesuchsgegner geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'500.– (Urk. 133) zu verrechnen. Der Fehlbetrag von Fr. 500.– ist von der Gesuchstellerin nachzufordern. Die Gesuchstellerin hat dem Gesuchsgegner zudem den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 1'000.– zu ersetzen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO). Ausgangsgemäss ist der Gesuchsgegner sodann zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von je Fr. 2'500.– einschliesslich 7.7 % Mehrwertsteuer (vgl. Urk. 166 S. 2) zu bezahlen (vgl. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 11 Abs. 1-3 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Es wird beschlossen:

## **E. 5**

Mit Zuschrift vom 2. Februar 2021 reichte die Gesuchstellerin im erstinstanzlichen Verfahren eine Noveneingabe samt Beilagen zu den Akten (Urk. 103, Urk. 104/1-8), welche dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 3. Februar 2021 zur Stellungnahme zugesandt wurde (Urk. 108). Die Stellungnahme des Gesuchsgegners zu Urk. 103 und Urk. 104/1-8 datiert vom 8. Februar 2021

- 13 - (Urk. 112, Urk. 114 und Urk. 115/2-4, vgl. auch Urk. 110). Sie wurde der Gesuchstellerin, soweit ersichtlich, nicht mehr zugestellt. Unterm 10. Februar 2021 fällte die Vorderrichterin vielmehr den eingangs zitierten Entscheid in unbegründeter Form (Urk. 118A). Damit wurde das Replikrecht der Gesuchstellerin tangiert. Gemäss

höchstrichterlicher Rechtsprechung ist in allen Verfahren jede dem Gericht eingereichte Eingabe den Beteiligten zur Kenntnis zu bringen und Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Dies gilt unabhängig davon, ob die Eingabe entscheidrelevant ist. Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Dessen Verletzung führt in der Regel ungeachtet der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels in der Sache zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Von einer Rückweisung kann aber sogar im Fall einer schweren Verletzung des rechtlichen Gehörs abgesehen werden, wenn die Rechtsmittelinstanz sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann und die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf führen würde, der mit den Interessen der Beteiligten an einer beförderlichen Verfahrenserledigung unvereinbar wäre (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; BGE 133 I 100 E. 4.9; BGE 132 V 387 E. 5.1 m.w.H. und BGE 126 V 130 E. 2b S. 132 m.w.H.). Die Berufungsinstanz hat volle Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen (Art. 310 lit. a und b ZPO). Zudem blieb die Verletzung des Replikrechts von der (anwaltlich vertretenen) Gesuchstellerin ungerügt (vgl. Urk. 166, Urk. 175, und Urk. 188). Diesbezügliche Weiterungen erübrigen sich damit. In der Sache sind die fraglichen Ausführungen des Gesuchsgegners gemäss Urk. 112 im Übrigen nicht von Relevanz. C. Getrenntleben

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.